

243 LA NOTION DE CONDITION POTESTATIVE AU SENS DE L'ARTICLE
1174 DU CODE CIVIL

par Jacques GHESTIN,
Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon - Sorbonne).

1. — L'article 1174 du Code civil dispose : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

La prohibition ne vise que les obligations soumises à la volonté du débiteur. Quant à celles qui sont subordonnées à la volonté du créancier, elles ne peuvent être annulées (1) bien que leur qualification d'obligations conditionnelles puisse être alors remise en question (2).

2. — La distinction entre conditions casuelles (soumises au hasard), potestatives et mixtes est traditionnelle. Mais le contenu de ces catégories a varié avec le temps.

Le droit romain n'envisageait comme condition potestative que celle qui était soumise à la volonté du créancier. Quant à celle qui dépendait de la volonté du débiteur, elle n'était connue que sous la dénomination de condition *si voluero*. La condition mixte était alors celle qui dépendait du hasard et de la volonté du créancier (3).

(1) V. en ce sens, Aubry et Rau, § 302, texte et note 29; Marty et Raynaud, *Obligations*, n° 751; J. Carbonnier, *Obligations*, n° 62; Weill et Terré, n° 893; Théodoresco, *La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux*, thèse Paris, 1923, p. 7 et 72 et s.; Verdier, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse Paris, 1955, n° 335. Req. 11 mars 1879, *D.P.* 1881.1.34; 22 janv. 1868, *D.P.* 1868.1.160; 10 déc. 1883, *D.P.* 1884.134; 8 janv. 1895, *D.P.* 1895.1.287; 19 févr. 1895, *D.P.* 1895.1.168; 27 avr. 1895, *D.P.* 1895.1.318. Cass. civ. 2 juill. 1839, *D.P.* 1839.1.355; 14 juill. 1869, *D.P.* 1869.1.346; 25 nov. 1846, *D.P.* 1847.1.34, concl. av. gén. Desjardins; S. 1897.1.76. Cass. civ. 1^{re}, 9 janv. 1963, *Bull. civ. I*, n° 23, p. 21; Cass. *corn.* 11 mars 1968, *Bull. civ. IV*, n° 101, p. 88; Douai 19 janv. 1974, *Lloyd Continental c. R.F.A.*, inédit; Paris 28 mai 1974, *D.* 1974.1.685, concl. av. gén. Cabannes; Orléans 8 juin 1979, *J.C.P.* 1980.IV.233; *J.C.P.*, éd. N., 27 juin 1980, II. p. 160.

(2) V. J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille, 1976-1977, t. I, p. 192 et s.

(3) Cf. Théodoresco, thèse préc, p. 31; Taisne, thèse préc, n° 72

Avec Pothier, la condition mixte devient celle qui dépend du concours de la volonté du créancier et de celle d'un tiers, et non plus du hasard (4), ce qui traduit déjà un rétrécissement de cette catégorie.

Les rédacteurs du Code civil ont partiellement repris cette définition de la condition mixte. Selon l'article 1171, c'est « celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers ». Là encore, le hasard est écarté. Mais, en outre, c'est la volonté de l'une ou l'autre des parties qui est visée, et non plus seulement celle du créancier.

Cette intégration dans la classification initiale de la condition *si voluero*, dépendant du débiteur, est confirmée par l'article 1169 selon lequel « la condition casuelle est celle qui dépend du hasard et qui n'est nullement au pouvoir du *créancier*, ni du *débiteur* », et par l'article 1170, qui dispose : « La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de *l'une ou l'autre des parties* contractantes de faire arriver ou d'empêcher ».

Le Code civil s'éloigne ainsi de la tradition romaine, en même temps qu'il laisse en dehors de la classification qu'il énonce les conditions dépendant à la fois de la volonté de l'une des parties et du hasard, c'est-à-dire, concrètement, celles qui se rencontrent le plus fréquemment.

3. — La doctrine du xix^e siècle, qui inspire encore les auteurs contemporains, allait accentuer ces déformations, rendant la classification et, à travers elle, la prohibition édictée par l'article 1174 tout à fait artificielle.

La condition mixte exigerait, selon la doctrine dominante, non seulement le concours de la volonté d'un tiers quelconque, mais de celle d'une personne déterminée. Il ne suffirait pas, par exemple, que le débiteur s'oblige s'il se marie, mais s'il se marie avec telle personne (5). Cette conception restrictive de la condition mixte qui est valable, semblerait *a priori* conduire à un élargissement de la prohibition frappant les conditions potestatives. Celles-ci englobent, en effet, tous les événements dépendant à la fois de la volonté de l'une des parties, notamment du débiteur visé par l'article 1174, et du hasard ou de la volonté d'un tiers indéterminé.

(4) *Traité des obligations*, n° 201 et s.; Taisne, thèse préc., n° 72.

(5) V. en ce sens : Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, n° 786; Demolombe, t. XXV, n° 290; Planiol et Ripert, t. VII, par Esmein, Radouant et Gabolde, n° 1028; Colin et Capitant, t. H, n° 1683; Josserand, n° 112; Marty et Raynaud, *Obligations*, n° 747; Weill et Terré, *Obligations*, n° 893; Théodoresco, thèse préc., p. 14; Morin, Rapp. LXIT Congrès not., p. 250 : *Contra*, Beudant et Lerebours-Pigeonnière, n° 795; H.-L.-J. Mazeaud, *Obligations*, n° 1041; Y. Loussouarn, *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, p. 668; Adde Pothier, qui donne des exemples se rapportant à un tiers déterminé : « si vous épousez ma cousine », *op. cit.*, n° 201, et « si j'épousais une telle, sa cousine », *op. cit.*, n° 214. Cf. Taisne, thèse préc., n° 76.

Mais la doctrine, inspirée par le dogme de l'autonomie de la volonté (6), s'est efforcée de réduire la portée de la prohibition résultant de l'article 1174, en l'assimilant à la simple nécessité d'un consentement réel, déjà exigé par l'article 1108 du Code civil.

Alors que les exégètes ne parlent que de conditions purement potestatives, les auteurs plus récents ont pris l'habitude de présenter comme traditionnelle une opposition tranchée entre conditions *simplement* potestatives, valables, et conditions *purement* potestatives, *nulles* (7).

La condition purement potestative subordonne l'exécution de la prestation promise à une simple manifestation de volonté : *i* si je le veux » ou « si je le juge bon », elle n'est autre que la condition *si voluero*; elle porte *in ipsa et mera voluntate*. La condition simplement potestative doit en revanche s'exprimer dans l'accomplissement d'un acte ou d'un fait déterminé, qui dépend du débiteur mais lui est toutefois extérieur : « si je vend ma maison » ou « si je vais à Londres ». Elle porte *in facto a voluntate pendente*. Alors que la première traduit une absence de consentement réel et doit de ce fait entraîner la nullité de l'obligation, la seconde exprimerait un véritable lien, le débiteur ayant effectivement aliéné sa liberté dans l'hypothèse où il accomplirait le fait visé.

La distinction est cependant écartée pour les actes à titre gratuit à partir des dispositions de l'article 944 du Code civil selon lesquelles « toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur sera nulle » et du principe de l'irrévocabilité des donations, exprimé dans l'adage « donner et retenir ne vaut » (8).

Sous cette réserve, pour les actes à titre onéreux, la prohibition des conditions potestatives se trouvait ainsi réduite à interdire des hypothèses d'école tant est rare en pratique une condition purement potestative.

4. — Des études récentes ont montré que cette construction artificielle était inopportune, et que, d'ailleurs, elle n'exprimait pas le droit positif, la jurisprudence, soucieuse d'empêcher que la condition soit un instrument d'arbitraire, n'ayant que très partiellement

(6) V. J. Ghestin, *Droit civil*, t. II, « Le contrat », 1980, n° 31 et s., et 160.

(7) V. Planiol et Ripert, t. VII, par Esmein, Radouant et Gabolde. n° 1028, note 2; Colin et Capitant, t. II, n° 1684; Carbonnier, *Obligations*, § 62; Marty et Raynaud, *Obligations*, n° 747; Weill et Terré, n° 893; Buffelan-Lanore, *Rép. dr. civ.* V Conditions, 2^e éd., n° 12; H.-J.L.-J. Mazeaud, *Obligations*, n° 1041; Ripert et Boulanger, t. II, n° 1269 *bis*; B. Starck, *Obligations*, p. 545, n° 1820 et 1822; Théodoresco, thèse préc., p. 24. *Contra*, Eygout, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, p. 153 et s. Cf. Taisne, thèse préc., n° 79.

(8) Cf. Taisne, thèse préc., n° 85.

suivi les enseignements de la doctrine (9). Cette observation conduit à s'interroger sur la notion de condition potestative en droit positif et *de lege ferenda*.

La jurisprudence se distingue essentiellement de la construction classique par *une meilleure compréhension de la catégorie des conditions mixtes* et par *la substitution du critère de l'arbitraire à la distinction artificielle entre conditions purement et simplement potestatives*.

I. — UNE MEILLEURE COMPREHENSION DE LA CATÉGORIE DES CONDITIONS MIXTES.

5. — Elle se traduit de façon certaine par un élargissement de cette catégorie au détriment des conditions potestatives. En revanche, la portée exacte de cette qualification, malgré une évolution favorable, n'est pas toujours bien perçue par la jurisprudence.

A. L'élargissement de la catégorie des conditions mixtes.

6. — Tout d'abord, la jurisprudence n'a jamais exigé que le tiers, dont la volonté devait concourir à la réalisation de l'événement, soit déterminé. C'est ainsi qu'elle a retenu pour mixte une condition dans une espèce où le débiteur avait promis de vendre divers objets si dans un délai déterminé il n'avait pas vendu l'immeuble dont ces objets formaient la dépendance. Bien que ce tiers fut indéterminé, la Cour de cassation a admis la qualification de condition mixte (10).

7. — En cela, la jurisprudence se bornait à écarter une restriction qui ne figure pas dans la définition de l'article 1171. Mais elle est allée au-delà en admettant, conformément à la tradition romaine, le caractère mixte de la condition dépendant à la fois de la volonté du débiteur et du hasard, et non de la volonté d'un tiers.

Dans un arrêt du 28 mai 1974 (11), la première Chambre civile de la Cour de cassation a écarté le grief fondé sur le caractère prétendument potestatif d'une donation qui portait sur les revenus d'un certain nombre de parts d'une société en commandite simple et qui

(9) V. J. Ghestin, L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre), *D.* 1973, *Chron.* p. 293; G. Goubeaux, note sous Paris, 15 mars 1974, *J.C.P.* 1974.II.17786; et Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, *Defrénois*, 1979, art. 31986, p. 753; J.-J. Taisne, thèse préc., n° 71 et s.

(10) Cass. civ. 17 déc. 1828, *D.P.* 1829.I.67. V. implicitement dans le même sens, Cass. com. 17 mai 1965, *Bull. civ.* III, n° 321, p. 293; 9 juill. 1968, *Bull. civ.* IV, n° 228, p. 206; 8 nov. 1976, *D.* 1977.I.R.45; 22 nov. 1976, *J.C.P.* 1975.II.18903, note Stemmer; *Defrénois*, 1978, p. 1000, obs. Aubert; *D.* 1977.I.R.82; Taisne, thèse préc., n° 111. (M) *Bull. civ.* I, n° 157. *D.* 1975, p. 144, note Ponsard; *Defrénois*, 1974, art. 30713, p. 1025, note Ponsard; *J.C.P.* 1975.II.17911, note Thuillier; *Journal des notaires*, 1975, p. 715, note Viatte; *Defrénois*, 1975, art. 30954, p. 913, obs. J.-L. Aubert; *Rev. trim. dr. civ.*, 1914, p. 844, obs. Cornu; *Rec. Lois*, 1975, J. 243, obs. Viatte.

aurait pu être anéantie, selon le pourvoi, par une demande du donateur en dissolution anticipée de la société. Elle a observé pour cela « que l'article 1869 du Code civil n'ouvre à un associé, dans une société à durée illimitée, le droit de demander la dissolution de la société que si cette demande n'est point faite à contretemps; que cette dissolution à la demande d'un associé est donc *un événement qui dépend à la fois de la volonté de l'associé et de circonstances qui lui sont étrangères*; que, dès lors, le droit de dissolution anticipée ouvert à l'associé donateur faisait dépendre *d'une condition mixte, et non d'une condition potestative*, la donation du revenu des parts ».

M. Thuillier (12) a soutenu que cette définition n'avait été admise que parce qu'il s'agissait d'une donation soumise comme telle aux dispositions de l'article 944 du Code civil, selon lesquelles les conditions même simplement potestatives entraînent la nullité de l'engagement. Mais précisément, dans la mesure où la solution concrète dépendait de cette qualification, affirmée de façon particulièrement nette dans un motif de pur droit substitué à ceux des juges d'appel, la définition de la condition mixte ainsi retenue n'en prend que plus de signification. Comme l'observe M. le conseiller Ponsard, qui fut le rapporteur de cet arrêt (13) : « la condition mixte » est celle « dont l'exécution dépend à la fois de la volonté du donateur et de circonstances étrangères (ici la situation de la société appréciée par les tribunaux) ».

En réalité, la volonté d'un tiers, visée par l'article 1170 du Code civil, n'est que l'un des facteurs extérieurs à la, volonté du débiteur qui éliminent le caractère potestatif de l'engagement. Pour que ce dernier ne soit pas potestatif, il faut, mais il suffit, qu'il ne dépende pas de la *seule* volonté du débiteur.

Cette observation conduit d'ailleurs à limiter la portée de la qualification de condition mixte, d'une façon qui n'est pas toujours bien perçue par la jurisprudence.

B. La portée exacte de la catégorie des conditions mixtes.

8. — Dans une vente, l'acheteur peut subordonner son engagement à la réalisation d'une opération future et aléatoire dont il attend les fonds nécessaires au règlement du prix. Il stipulera, par exemple, à titre de condition suspensive, la vente d'un autre immeuble ou fonds de commerce ou l'obtention d'un prêt (14).

Dans la mesure où la vente ou le prêt suppose l'accord d'un tiers, la condition est *a priori* mixte. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi admis, dans un arrêt du 17 mai 1965, que la condition subordonnant la vente d'un fonds de commerce à celle du

(12) Note préc.

(13) Note préc.

(14) Cette dernière condition est imposée par l'article 17 de la loi du 13 juillet 1979 sur le crédit immobilier afin de protéger l'acheteur.

fonds que les acheteurs possédaient eux-mêmes n'était pas potestative, car ce fait « échappait à leur action » puisqu'ils devaient découvrir un acquéreur, ce qui constituait « un aléa écartant d'emblée la nullité prétendue » (15).

Cependant le caractère mixte de la condition ne concerne ici que la *réalisation* de l'événement. Celle-ci, effectivement, ne dépend pas de la seule volonté de l'acheteur. En revanche, la *défaillance* de la condition, à laquelle est finalement subordonnée l'existence même de l'obligation, peut parfaitement dépendre dans cette hypothèse de la seule volonté de l'acheteur. S'il n'est pas maître de vendre son propre immeuble, il dépend de sa seule volonté de le mettre en vente. De ce fait son engagement dépend bien de sa seule volonté (16). Il faut sur ce terrain distinguer selon que la condition est suspensive ou résolutoire. De façon générale seront potestatives, et non mixtes, « d'une part la condition *suspensive* qui porte sur un événement dont la *défaillance* est à la discrétion du débiteur, d'autre part, la condition *résolutoire* qui porte sur un événement dont l'*accomplissement* dépend de ce seul débiteur » (17).

9. — De façon plus satisfaisante, la Cour de Paris, dans un arrêt du 15 mars 1974(18), a jugé que « la condition stipulant que la vente » de l'appartement des emprunteurs « entraînerait, seulement à cette date, le remboursement du prêt, apparaît bien comme une condition potestative dépendant de la seule volonté » des emprunteurs, ce qui rendrait le prêt nul en application des articles 1170 et 1174 du Code civil. Libres de ne pas vendre leur appartement, les emprunteurs auraient pu conserver indéfiniment les sommes reçues, ce qui était inacceptable (19).

10. — On s'est demandé si la même solution devait s'appliquer à une vente immobilière conclue sous la condition suspensive de l'obtention du prêt destiné à payer une partie du prix. La Chambre commerciale a jugé à cet égard que la qualification de condition purement potestative avait été « justement » écartée au profit de celle de condition mixte dès l'instant qu'il était certain que les acheteurs « avaient l'obligation de solliciter le prêt visé par la convention » (20).

La solution est exacte puisque le même fait ne peut être érigé à

(15) *Bull. civ. III*, n° 321, p. 293. V., dans le même sens, Cass. com. 9 juill. 1968, *Bull. civ. IV*, n° 228, p. 207, où la vente d'un château est aussi tenue pour l'accomplissement d'un fait extérieur considéré comme aléatoire parce que dépendant de la volonté d'un acquéreur éventuel.

<16) V. J. Ghestin, chronique préc., p. 296, n° 20.

(17) J.-J. Taisne, thèse préc., n° 88, p. 133.

(18) *J.C.P.* 1974.11.17786, note approuvative G. Goubeaux.

(19) V. G. Goubeaux, note préc. *Adde*, dans le même sens, Aix 17 oct. 1975, *Bull. c. app. Aix*, 1975, n° 4, p. 67.

(20) Cass. com. 22 nov. 1976, *J.C.P.* 1978.11.18903, note Stemmer; *Defré-nois*, 1978, art. 31788, obs. J.-L. Aubert; *Defrénois*, 1979, art. 31987^A G. Goubeaux, Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties.

la fois en obligation et en condition (21). Dans la mesure où les acheteurs s'étaient engagés à solliciter un prêt déterminé, la défaillance de la condition ne dépendait plus que de la volonté d'un tiers, l'organisme de crédit.

La question se complique toutefois lorsque cette obligation des acheteurs ne résulte pas de façon certaine de la convention. Bien que l'opinion contraire ait été soutenue (22), M. Goubeaux a montré que l'interprétation du contrat conduisait plutôt à écarter *a priori* une telle obligation. « Puisque le bénéficiaire peut renoncer à se prévaloir de la défaillance de la condition, il n'y a pas de raison de le contraindre à des démarches inutiles s'il décide de poursuivre de toute façon l'opération » (23). Cet auteur ajoute que le contrat resterait cependant valable, car l'article 1174 ne trouverait « pas de justification dans le besoin de protection du vendeur », la nullité ayant le même effet d'anéantissement du contrat que le jeu de la condition et celle-ci fonctionnant « comme une condition résolutoire pour laquelle le caractère potestatif » serait « indifférent » (24).

Ce raisonnement peut être contesté dans la mesure où l'article 1174 s'applique en fait aux conditions résolutoires (25) et où il n'est pas indifférent que la nullité soit demandée à l'initiative du vendeur, tandis que la condition joue au gré de l'acheteur, chacun se déterminant en fonction de ses intérêts propres.

La condition suspensive d'obtention d'un prêt imposée par la loi du 13 juillet 1979 sur la protection de l'emprunteur en matière de crédit immobilier a d'ailleurs été analysée comme une condition potestative, ce qui peut être admis sous réserve de la controverse quant à la possibilité de condition *stricto sensu* résultant de la loi et non d'un accord de volonté (26).

11. — La nécessité d'une obligation pesant sur le bénéficiaire de la condition a été confirmée de façon expresse par un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 8 octobre 1980 (27). Elle a admis que le caractère potestatif de la condition soit déduit de ce que « la clause qui faisait dépendre le paiement de 70 % du prix de la revente des terrains s'analysait en une condition dans la mesure où ce n'était pas seulement la date de la revente qui était incertaine mais sa réalisation elle-même qui dépendait de la seule volonté de » l'acheteur et de ce qu'il importait « peu que cette revente ait exigé aussi le consentement d'un tiers acquéreur,

(21) V. J.-J. Taisne, thèse préc, n° 9, p. 22.

(22) V. Stemmer, préc.

(23) G. Goubeaux, préc, p. 756, n° 4.

(24) Précité.

(25) V. J. Ghestin, Chron. préc, D. 1973, p. 295, n° 15.

(26) V., contre cette possibilité, J.-J. Taisne, thèse préc, n° 362 et s. En faveur de cette possibilité, Derouin, Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition, *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, p. 14 et s., n°* 2 et s.

(27) *Bull. civ. III*, n° 154, p. 115; *J.C.P.* 1980.IV.417; *Gaz. Pal.* 5 févr. 1981, Panorama.

cet élément ne suffisant pas pour écarter le caractère potestatif de l'obligation de » l'acheteur « de payer le solde du prix, ce dernier n'ayant, à aucun moment, pris l'engagement de revendre et restant donc libre de le faire ou non », de telle sorte « que la convention permettait à l'acheteur de devenir propriétaire en versant 30 % du prix et qu'il pouvait se soustraire au paiement des 70 % restants aussi longtemps qu'il le voulait ».

Cet arrêt marque clairement l'évolution de la jurisprudence dans le sens d'une appréciation plus exacte de la portée de l'intervention d'un tiers et de la catégorie des conditions mixtes. Ni le remboursement d'un prêt, ni le paiement du prix, ni la vente elle-même d'ailleurs, ne peuvent légitimement dépendre de la seule volonté de l'emprunteur ou de l'acheteur; et il importe peu que la *réalisation* de la condition suppose l'intervention d'un tiers, dès l'instant que sa *défaillance* qui libérera le bénéficiaire de la condition dépend de la seule volonté de ce dernier.

Cette évolution apparaît également dans la substitution du critère de l'arbitraire à la distinction artificielle entre conditions purement et simplement potestatives.

II. — LA SUBSTITUTION DU CRITÈRE DE L'ARBITRAIRE À LA DISTINCTION ARTIFICIELLE ENTRE CONDITIONS PUREMENT ET SIMPLEMENT POTESTATIVES.

12. — Si l'expression « condition *simplement* potestative » ne se rencontre plus guère (28), les juges du fond (29) et la Cour de cassation (30) font encore état du caractère *purement* potestatif de la condition pour en déduire la nullité de l'engagement. D'autres arrêts, toutefois, se bornent à viser le caractère « potestatif » ou non de la condition (31).

De façon plus significative, plusieurs arrêts de la Cour de cassation admettent la validité d'un contrat parce que la condition « n'exigeait pas des débiteurs qu'une simple manifestation de volonté... elle supposait l'accomplissement d'un fait extérieur... » (32).

(28) V. cependant Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 1977, *Bull. civ. I*, n° 72, p. 58.

(29) V. par ex. T.G.I. Paris 8 juin 1970, *A.J.P.I.*, 1971, p. 139, obs. Lansiaert; Paris 11 juin 1971, *A.J.f.l.* 1972, p. 172, obs. RI.

(30) V. par ex. Cass. 18 déc. 1972, *D.* 1973, p. 662; Cass. com. 22 nov. 1976, *J.C.P.* 1978.11.18403, note Stemmer; 12 mai 1980, *Bull. civ. IV*, n° 190, p. 151.

(31) V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1974, préc. qui, il est vrai, concerne une donation, à laquelle la distinction entre condition purement et simplement potestative n'a jamais été appliquée; Paris, 5^e ch., 28 sept. 1976, Pantacconi et Galichon; Cass. civ., 3^e, 8 oct. 1980, préc.; 13 nov. 1980, *J.C.P.* 1981.IV, p. 40; *Gaz. Pal.* 18.4.1981, Panorama; Cass. com. 16 juin 1975, *Bull. civ. IV*, n° 164, p. 136.

(32) Cass. civ. 17 mai 1965, *Bull. civ. III*, n° 321, p. 293; 9 juill. 1968, *Bull. civ. IV*, n° 228, p. 207.

Cependant, ces décisions s'éloignent quelque peu de l'analyse classique, dans la mesure où elles relèvent parallèlement que le fait extérieur, supposant l'intervention d'un tiers (ce qui fait implicitement intervenir la notion d'acte mixte), était aléatoire.

13. — En revanche, un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 17 février 1976 (33) fait très nettement application de la distinction classique. Il admet que « l'engagement » d'un emprunteur « de payer 15 000 francs à la vente de ses immeubles, cette condition consistant non en une simple déclaration de volonté mais dans l'accomplissement d'un acte extérieur, constitue non une condition purement potestative qui serait nulle aux termes de l'article 1174 du Code civil, mais une condition simplement potestative licite ». Bien qu'il ne se place pas sur le terrain de la condition mixte, cet arrêt admet ainsi une solution exactement contraire à celle qui avait été adoptée en présence d'une condition semblable par la Cour de Paris (34). On a vu, en effet, que cette dernière avait annulé le prêt, afin de protéger le prêteur de l'arbitraire de l'emprunteur libre de reporter indéfiniment le remboursement.

C'est que les circonstances étaient différentes. La première Chambre civile, comme la Cour de Paris, a entendu protéger le créancier contre l'arbitraire du débiteur. Mais dans l'espèce qui lui était soumise, il n'y avait pas de prêt à annuler; c'était l'ex-président-directeur général d'une société dissoute qui s'était engagé à payer de ses deniers personnels une partie des dettes de celle-ci. Pour protéger efficacement le créancier, la Cour de cassation a d'ailleurs admis également qu'en « application de l'article 1901 du Code civil » le débiteur soit condamné « à exécuter dans un délai déterminé son engagement de payer ».

On sait que, selon l'article 1901, « s'il a été seulement convenu que l'emprunteur payerait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances ». En appliquant ce texte, la Cour de cassation a implicitement mais nécessairement quitté le terrain de la condition pour passer sur celui du terme. Dans les hypothèses visées par l'article 1901, comme dans celle soumise à la première Chambre civile, l'obligation paraît à première vue conditionnelle puisque la volonté ou la possibilité de payer sont *objectivement* incertains. Il y aurait alors une condition purement potestative, justifiant la nullité de l'engagement. Mais l'interprétation de la commune intention des parties conduit les tribunaux à analyser la clause comme un terme incertain fixant un délai indéterminé. Il ne suffit pas, en effet, que l'événement visé dans la clause soit *objectivement* incertain pour qu'il y ait condition, *il faut encore que les parties l'aient d'un commun accord tenu pour*

(33) *Bull. civ. I*, n° 72, p. 58.

(34) *V. supra*, n° 9.

tel. Sinon il ne s'agit que d'un terme incertain (35). L'article 1901 permet alors au juge de fixer la date du paiement (36), l'exigibilité étant parfois reportée au décès du débiteur (37). Il en est ainsi, en particulier, lorsque le débiteur s'était engagé à payer le jour où il aurait cédé son fonds de commerce (38). L'événement n'est pas érigé en condition, mais en obligation dont le délai d'exécution est seulement resté indéterminé. Une telle modalité d'exécution ne peut être une condition purement potestative pour la raison suffisante qu'elle n'est pas une condition mais un terme incertain.

Sur le terrain de la condition, ce n'était pas l'article 1901 qui devait d'ailleurs s'appliquer, mais l'article 1176. Or, « aux termes de ce texte, lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera, sans qu'il y ait de temps fixé, la condition peut toujours être accomplie et elle n'est défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas » (39). Dans l'espèce soumise à la première Chambre civile, il aurait donc fallu, si la clause était tenue pour une condition, attendre d'être certain que le débiteur ne vendrait pas ses immeubles.

Pour éviter une solution évidemment inéquitable et justifier l'application plus opportune de l'article 1901 du Code civil, il suffisait de corriger, conformément au pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, la qualification erronée retenue par les juges d'appel. Cela lui aurait évité de consacrer une distinction entre condition « *purement* » et « *simplement* » potestative, fondée sur une opposition entre « *simple déclaration de volonté* » et « *accomplissement d'un acte extérieur* ? dont le caractère artificiel est incontestable et qui ne correspond pas au droit positif.

14. — La jurisprudence dominante, en effet, se prononce sur la validité du contrat en fonction du point de savoir si le débiteur pouvait arbitrairement se dégager de tout ou partie de son obligation (40).

(35) V. J. Ghestin, note T.G.I. Nice, 24 oct. 1970, *J.C.P.* 1971.11.16866; J.-J. Taisne, thèse préc., n° 49 et s., et la jurisprudence citée. *Contra*, Y. Lous-souarn, *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, p. 768, n° 13, obs. sous Cass. civ. 27 nov. 1969.

(36) Cass. civ. 21 août 1850.1.344; *S.* 1850.1.723; Aix 11 juin 1872, *S.* 1874.1.127; Paris 19 nov. 1912, *D.* 1913.2.126; *S.* 1915.2.60. *Contra*, Cham-béry 13 déc. 1897, *D.* 1900.2.213.

(37) Paris 11 mai 1857, *S.* 1858.2.425; Req. 31 déc. 1834, *S.* 1835.1.525; Nancy 20 nov. 1920, *Gaz. Pal.* 1921.1.414.

(38) Montpellier 15 févr. 1953, *Gaz. Pal.* 1953.1.314.

(39) Cass. civ. 3^e, 4 mars 1975, *Bull. civ.* 111, n° 89, p. 68.

(40) V. admettant la nullité : Cass. civ. V, 7 avril 1967, *Bull. civ. I*, n° 110, p. 80; 18 juin 1974, *Bull. civ. I*, n° 198, p. 169; Cass. corn. 22 févr. 1967, *Bull. civ. III*, n° 87, p. 83; Cass. civ. 3^e, 13 nov. 1980, *Gaz. Pal.* 18 avril 1981, *Panorama*; *J.C.P.* 1981.IV, p. 40; Nîmes, 16 mars 1979, *Bull. c. app. Nîmes*, 1979, n° 2, p. 64; Rennes 22 déc. 1955, *D.* 1957, *Somm.* 31. Ecartant celle-ci : Cass. civ. 22 juill. 1952, *Bull. civ. I*, n° 235, p. 193; 3 déc. 1956, *Bull. civ. I*, n° 435, p. 348; *D.* 1957, *Somm.* 54; Cass. corn. 18 déc. 1972, *D.* 1973, p. 662; *Bull. civ. IV*, n° 335, p. 310; 16 juin 1975, *Bull. civ. IV*, n° 164, p. 136; 12 mai 1980, *Bull. civ. IV*, n° 190, p. 151; Cass. soc. 17 févr. 1955, *D.* 1955,

Elle relève, plus précisément, que l'obligation était ou non subordonnée, soit à une *décision arbitraire du débiteur*, soit à un *acte soumis à sa volonté arbitraire*.

A. L'engagement est annulable lorsqu'il est subordonné à une décision arbitraire du débiteur.

15. — Il en est ainsi lorsque la clause dissimule une condition *si voluero*, et lorsqu'elle fait dépendre l'engagement d'une appréciation arbitraire du débiteur.

1. *La clause dissimule une condition si voluero.*

16. — Comme on l'a observé (41) en condamnant la condition *si voluero*, la doctrine classique ne visait en fait qu'une hypothèse d'école. Lorsqu'une telle stipulation existe, elle est déguisée. La jurisprudence n'hésite pas alors à la sanctionner.

C'est ainsi que le tribunal civil de Valence a tenu pour potestative une clause qui, en permettant au bailleur de fixer à son gré le montant du loyer à l'expiration de la sixième ou de la neuvième année, rendait illusoire son engagement de laisser au preneur la disposition des lieux pendant douze ans (42). De même constitue une condition purement potestative une promesse de vente sans fixation de prix ni aucune précision permettant de le déterminer (43). Est encore affectée d'une condition potestative justifiant son annulation la location d'un emplacement publicitaire dans laquelle la société d'affichage pouvait à son gré, à l'expiration d'un délai de deux ans après réception d'une mise en demeure, soit accepter la résiliation pure et simple, soit commencer à exécuter ses obligations. Le preneur avait, en effet, le pouvoir d'exiger que pendant deux ans le bailleur tint à sa disposition l'emplacement loué tout en n'étant lié, en fait, par aucune obligation corrélatrice (44).

2. *La clause fait dépendre l'engagement d'une appréciation arbitraire du débiteur,*
17. — Le contrat est alors annulable. C'est ainsi qu'est affecté d'une condition purement potestative l'engagement pris par un bailleur de prolonger le bail si le locataire effectuait des travaux qui devaient

p. 469; *Bull. civ. IV*, n° 150, p. 109; 9 nov. 1961. *Bull. civ. IV*, n° 923, p. 731; *D.* 1962, *Somm.* 84; 28 oct. 1963, *Bull. civ. IV*, n° 739, p. 615; Req. 25 févr. 1929, *Gaz. Pal.* 1929.1.736; Toulouse 16 févr. 1948, *D.* 1948, p. 162; 28 févr. 1885, *£>./>*. 1886.2.168.

(41) G. Goubeaux, note sous Paris 15 mars 1974, *J.C.P.* 1974.11.17786.

(42) 12 déc. 1929, *Gaz. Pal.* 1930.1.372.

(43) Toulouse 12 juill. 1956, *Gaz. Pal.* 1956.2.252; Cass. corn. 22 févr. 1967, *Bull. civ. III*, n° 87, p. 83. Cf., sur le lien entre ces deux questions. J. Ghestin, L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, *D.* 1973, *Chron.* p. 293.

(44) Cass. civ. 3°, 13 nov. 1980, *Gaz. Pal.* 18 avril 1981; *I.C.P.* [1981.IV](#), p. 400; Nîmes 16 mars 1979. *Bull. c. app. Nîmes*. 1979, n° 2, p. 64.

recueillir son agrément discrétionnaire (45). Il en est de même d'un contrat d'exclusivité ouvrant à l'acheteur une faculté de résiliation anticipée s'il n'avait pas revendu une certaine quantité du produit dans l'année, parce qu'aucun « contrôle, aucune vérification n'était réservé » à l'autre partie « alors que, *par une appréciation subjective et unilatérale*, l'acheteur avait la faculté de refuser, en cours d'exécution, de tenir » ses engagements (46).

Le contrat est en revanche jugé valable chaque fois que l'appréciation visée suppose « *une constatation objective qui comporte une discussion contradictoire et un contrôle judiciaire* », comme le relève un arrêt de la Cour de Montpellier du 5 juin 1944 (47) à l'égard de la prolongation d'une concession subordonnée à la persistance dans le gisement « de minerai de la qualité dont la société concessionnaire fait le commerce » (48).

La même solution est admise par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 18 décembre 1972(49). Une société avait cédé à une autre son matériel et devait recevoir, en complément du prix, un pourcentage de cinq pour cent sur le montant des ventes. Ce prélèvement n'était pas dû cependant « en cas d'insuffisance de rentabilité des fabrications. Le pourvoi soutenait, en se référant d'ailleurs à une annexe postérieure au contrat « que l'acheteur était le seul juge de l'insuffisance de rentabilité; que cet élément n'était donc pas déterminé objectivement..., mais subjectivement de par la volonté discrétionnaire de l'acheteur », Mais la Chambre commerciale, en se référant au seul contrat, à la suite des juges d'appel, a admis que « la rentabilité, déterminée par les prix de revient et les prix de vente des produits, constituait un élément qui n'était pas soumis à la seule volonté du cessionnaire », et qu'en fait le cédant n'avait « pu contester l'absence de rentabilité des fabrications considérées ».

La même Chambre commerciale a encore admis, dans un arrêt du 12 mai 1980 (50), à propos d'un contrat portant sur l'exploitation d'appareils distributeurs de boissons et d'aliments que les propriétaires « ne pouvaient retirer les appareils qu'au cas où l'exploitation de ceux-ci serait déficitaire et que rien n'interdisait à » l'exploitant « de *faire vérifier en justice* la réalité du déficit »; qu'en conséquence « la survenance de la condition ne dépendait pas de la seule volonté des » propriétaires « et ne revêtait pas, de ce fait, un caractère purement potestatif » (51).

(45) Trib. civ. Boulogne 9 nov. 1923, *Gaz. Pal.* 1924.1.162.

(46) Cass. com. 28 juin 1965, *Bull. civ.* 111, n° 405, p. 370.

(47) *D.* 1945, p. 136.

(48) Cf. J.-J. Taisne, thèse préc., n° 106.

(49) *Bull. civ.* IV, n° 335, p. 310; *D.* 1973, p. 662.

(50) *Bull. civ.* IV, n° 190, p. 151.

(51) V. l'application des mêmes principes en matière de crédit différé, Paris 17 nov. 1952, *D.* 1953, p. 63; *J.C.P.* 1953.11.7373, note P. Esmein; Trib. civ. Lille 5 mai 1952, *J.C.P.* 1952.11.7041, note P. Esmein; Paris 22 déc. 1953, *Gaz. Pal.* 1954.1.268; *D.* 1954, *Somm.* 48.

Certes, il arrive parfois que les tribunaux admettent de façon discutable la possibilité d'un contrôle objectif de l'appréciation du débiteur (52). Mais le critère reste cependant celui de la possibilité d'un tel contrôle, par opposition à une appréciation discrétionnaire du débiteur.

Il en est de même lorsque ce n'est plus d'une appréciation mais d'un acte arbitraire du débiteur que dépend son obligation.

B. L'engagement est annulable lorsqu'il est subordonné à un acte soumis à la volonté arbitraire du débiteur.

18. — Il en est ainsi lorsque l'acte est sans conséquences réelles pour le débiteur ou lorsqu'il s'agit d'un acte non susceptible d'un contrôle objectif au moment de son exécution.

1. La clause fait dépendre l'engagement d'un acte sans conséquences réelles pour le débiteur.

19. — Lorsque l'acte à accomplir par le débiteur est sans conséquences réelles pour lui, il peut, en fait, se libérer discrétionnairement de son engagement, qui est par là potestatif et annulable.

En revanche, lorsque les conséquences de l'acte extérieur à accomplir sont suffisamment importantes pour que le choix du débiteur ne puisse être normalement déterminé par le souci d'éluder son obligation, celle-ci est valable.

C'est ainsi qu'a été jugé valable l'engagement de payer le prix à une date choisie par l'acheteur parce qu'il était convenu qu'il en paierait les intérêts tant qu'il ne l'aurait pas réglé (53). De même, il a été admis qu'une société ne se mettrait pas en déficit à seule fin d'éluder l'engagement pris envers un intermédiaire, qui avait fourni au directeur technique, de lui verser une commission si la fabrication était bénéficiaire (54).

A propos de la résiliation de contrats de travail à durée déterminée, la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que ce droit n'était pas « abandonné à la volonté arbitraire » de l'employeur, car il était subordonné à la dissolution anticipée de la société que justifiait sa situation financière (55), ou à la cessation de la fabrication de certains produits « condition sérieuse puisque la société n'avait pas intérêt à invoquer faussement qu'elle cessait ses fabrications » (56). Normalement, une société n'interrompt par certaines fabrications, et, *a fortiori*, ne prononce pas sa dissolution, à seule fin d'éviter le

(52) V. par ex. Lyon 10 mars 1864, *D.P.* 1864.5.255, critiqué par Théodorésco, thèse préc, p. 51-52; Paris 6 déc. 1969, *J.C.P.* 1971.11.16796, note critique J. Ghestin.

(53) Cass. civ. 31 déc. 1834, *D.P.* 1835.1.62.

(54) Req. 21 juill. 1926, *S.* 1926.1.297.

(55) Cass. soc. 9 nov. 1961, *Bull. civ. IV*, n° 923, p. 731; D. 1962, *Somm.* 84,

(56) Cass. soc. 28 oct. 1963, *Bull. civ. IV*, n° 739, p. 615

paiement d'indemnités consécutives à la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée (57).

2. La clause fait dépendre l'engagement d'un acte non susceptible d'un contrôle objectif au moment de l'exécution.

20. — C'est au moment de l'exécution, qui doit être faite de bonne foi selon l'article 1134 du Code civil, qu'il convient de se placer afin d'apprécier si l'activité personnelle du débiteur, à laquelle est subordonnée l'exécution de son engagement, est ou non susceptible, en fonction des dispositions contractuelles, d'un contrôle objectif, éventuellement soumis aux tribunaux.

La mise en œuvre de ce critère souple conduit à des solutions nuancées, mais toujours inspirées par la même préoccupation.

A propos de l'arrêt d'une exploitation, la Cour de Rennes estimant que ce fait était à l'entière discrétion de l'exploitant a jugé que la condition était purement potestative (58).

A l'égard d'une carrière, la première Chambre civile de la COUT de cassation a déduit de ce que le contrat « ne fixait aucun délai de mise en valeur que l'obligation contractée par l'acquéreur, dépendant exclusivement de la volonté de celui-ci, était nulle, en raison de son caractère potestatif » (59).

Mais, en l'absence de toute précision, la jurisprudence a également admis que les parties n'avaient pas voulu s'en rapporter à l'arbitraire du concessionnaire et que la bonne foi présidant à l'exécution des contrats imposait à celui-ci une exploitation normale autorisant le propriétaire du sol à le mettre en demeure de commencer l'extraction (60). La même solution a été admise, alors cependant que le concessionnaire s'était réservé la faculté d'exploiter « à son heure », mais parce qu'il s'était engagé à extraire une certaine quantité de bauxite à une date déterminée (61); ou à exploiter « quand bon lui semblera », mais parce qu'il avait versé un acompte de vingt mille francs (62).

De même, il a été jugé qu'un assureur pouvait se réserver valablement la faculté de réduire le montant d'une indemnité si la valeur de l'objet assuré venait à diminuer, car sa décision dépendait d'une

(57) V, pour une promesse unilatérale d'achat des actions d'une société subordonnée à la cessation d'activité du vendeur dans celle-ci, Paris, 5^e ch., 28 sept. 1976, *Pantaconi c. Galichon*.

(58) Rennes 22 déc. 1955, *D.* 1957, Somm. 31.

(59) Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1967, *Bull. civ. I*, n° 110, p. 80, qui relève, en outre, que le concessionnaire n'avait rien fait de tangible depuis quinze ans et avait écrit au vendeur : « Nous avons toute la vie pour résoudre ce problème ».

(60) Cass. soc. 17 févr. 1955, *D.* 1955, p. 469; *Bull. civ. IV*, n° 150, p. 109.

(61) Cass. civ. 22 juill. 1952, *Bull. civ. I*, n° 235, p. 193; approuvant Toulouse 16 févr. 1948, *D.* 1948, p. 162.

(62) Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 1956, *Bull. civ. I*, n° 435, p. 348; *D.* 1957, Somm. p. 54.

variation objective qui lui était étrangère (63). La Cour de cassation a également admis la validité de conditions subordonnées à des circonstances monétaires ou économiques qui s'imposaient au débiteur (64).

La Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 juin 1975 (65), a admis la validité d'un contrat d'exclusivité portant sur l'enlèvement de sables déposés sur le carreau d'une mine, parce que, si la convention ne précisait pas « la quantité exacte de matériaux » que le bénéficiaire devait enlever avant une date déterminée, celle-ci dépendait « des marchés qu'il serait appelé à conclure » de telle sorte que « l'obligation d'enlèvement de sable contractée par » lui « ne dépendait pas de sa seule volonté ».

21. — Dans toutes ces hypothèses, c'est au moment de l'exécution de l'engagement qu'il convient de se placer. Si le débiteur fait preuve de mauvaise foi, il encourra les sanctions classiques de l'inexécution sous forme de résolution du contrat et de dommages-intérêts. Sur le terrain spécifique de la condition l'article 1178 du Code civil pourra s'appliquer. On sait que selon ce texte « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ». C'est ainsi, par exemple, qu'a été jugé réalisée la condition suspensive subordonnant la vente d'un immeuble à l'obtention d'un prêt par l'acquéreur dès lors que c'était ce dernier qui en avait empêché l'accomplissement « en effectuant des démarches incomplètes auprès de l'organisme prêteur, carence motivée par l'insuffisance démontrée de son apport personnel » (66).

22. — Finalement, pour que l'engagement soit valable au regard de l'article 1174 du Code civil, il faut, mais il suffit, que, selon la formule de M. le conseiller Ponsard (67), l'événement érigé en condition ne dépende pas de la seule volonté du débiteur, « mais aussi de circonstances objectives contrôlées par les tribunaux ». S'il en est ainsi la condition sera qualifiée de simplement potestative ou, plus exactement sans doute, de condition mixte au sens plus large déjà donné à cette catégorie par le droit romain, c'est-à-dire de condition soumise à la fois à la volonté du débiteur et à des circonstances étrangères. Ces dernières doivent alors échapper à sa volonté, ou tout au moins, il ne doit pas pouvoir agir sur elles de façon arbitraire, à

(63) Toulouse 28 avril 1885, *D.P.* 1886.2.168.

(64) Req. 25 févr. 1929, *Gaz. Pal.* 1929.1.736.

(65) *Bull. civ. IV*, n° 164, p. 136.

(66) Cass. com. 3^e, 25 avril 1978, *Bull. civ. III*, n° 158, p. 124; *J.C.P.* 1979.11.19056, note Galle; *Journal des notaires*, 1979, p. 301, note Viatte. V., dans le même sens, Cass. crv. 23 févr. 1977, *J.C.P.* [N], 1978, p. 175, note Galle. G. Goubeaux, art. préc., *Defrénois*, 1979, p. 755, n° 3. Adde Ph. Jestaz, P. Lancereau, G. Roujou de Boubée, L'information et la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier (Commentaire de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979), *Rev. dr. immobilier*, 1979, p. 423, sur l'application de l'article 1178 à la « condition suspensive » de l'article 17 de la loi de 1979.

(67) Note préc. *D.* 1975, p. 146.

peine de se voir reprocher d'avoir triché en empêchant le jeu normal du hasard et de subir en conséquence le jeu de l'article 1178 du Code civil.

Ainsi entendue la prohibition des conditions potestatives devrait assurer de façon efficace la protection du créancier contre l'arbitraire du débiteur, tout en préservant une nécessaire liberté contractuelle.

Le 29 septembre 1981.